

O CONCEITO DE JUSTIÇA NA CRIAÇÃO JUDICIAL DO DIREITO SEGUNDO O PENSAMENTO DE IMMANUEL KANT

**Antonio Carlos Bottan¹
Moacyr Motta da Silva²**

Resumo: O presente artigo estuda aspectos da Filosofia do Direito em Kant, como proposta teórica para discutir-se o novo perfil do Juiz no Sistema do Poder Judiciário Brasileiro. Nesta linha de pensamento, tocam-se pontos conceituais relativos à formação jurídica no ensino-aprendizagem. Levantam-se questões ligadas à denominada Crise do Poder Judiciário. Reservam-se espaços para discutir-se aspectos da Política Jurídica e a Criação Judicial do Direito, como instrumento de realização da Justiça. As Considerações Finais voltam-se para algumas propostas destinadas a enfrentar o problema posto em debate.

Palavras/Expressões-Chave: Idéia de Justiça³, Política Jurídica⁴, Criação Judicial do Direito⁵, Dogmatismo⁶, Conceito de Justiça em Kant, Ideologia⁷.

ABSTRACT: *This article studies aspects of Kant's Philosophy of Law as a theoretical proposal for discussing the new profile of the Judge within the System of the Brazilian Judiciary Power. Following this reasoning, the article addresses conceptual topics related to legal training in the teaching-learning process. It also*

raises questions related to the so-called Crisis of the Judiciary Power. In addition, there is room for discussing aspects of the Judiciary Policy and Judicial Creation of Law as instruments to achieve Justice. In its final considerations, the article focuses on a proposal for facing the problem under discussion.

Key Words: Idea of Justice, Judiciary Policy, Judicial Creation of Law, Dogmatism, Kant's Concept of Justice, Ideology.

1 – Introdução

O ensino jurídico brasileiro constitui, atualmente, motivo de sérias preocupações de todos que, vinculados à área jurídica, pensam uma democracia efetiva para o Brasil. A *ideologia* e o *dogmatismo* constituem as características básicas da formação do acadêmico em Direito no Brasil. Nesse aspecto, Rodrigues⁸ sustenta que a criação dos Cursos Jurídicos foi efetivamente norteada a um ensino jurídico voltado à formação de uma ideologia de sustentação política e à preparação de meros técnicos endereçados às *funções burocráticas estatais*. Inúmeros Cursos de Direito são meros *reprodutores* do conhecimento teórico, com o gravame da manutenção do *tradicionalismo conservador* dos problemas brasileiros. O *positivismo* exerce expressiva influência no pensamento e na cultura jurídica do Brasil. Esse modelo de formação jurídica não é sensível às necessidade coletivas, pois se restringe à análise da legalidade e da validade das normas jurídicas, olvidando, por inteiro, os problemas de eficácia e de legitimidade da lei. Via de regra, o acadêmico em Direito não é estimulado pelo professor dos Cursos de Direito a ter uma visão multidisciplinar do fenômeno jurídico. Tem-se observado que não basta a *reforma da matriz curricular*, sua *flexibilidade*, a *inclusão de novos conteúdos e dos novos direitos*, inclusive a Monografia (Trabalho de Conclusão do Curso), para mudar o quadro acadêmico vigente. Observa-se a necessidade de substituir o tradicional *método-formal*, com a implantação de um sistema dinâmico de ensino-aprendizagem, que conduza a métodos de visão crítico-reflexiva do Direito.

Entende-se oportuna a manifestação de Rodrigues⁹: “o caminho da recuperação do direito e de seu ensino jurídico, como

meio de libertação intelectual, filosófica, jurídica e psicológica, é pondo-o a serviço de toda a Sociedade, da democracia e da justiça social, recriando a esperança, os desejos, o sonho e recepcionando as diferenças”. Nessa ambiência, comporta evidenciar a relevância da *consciência jurídica*, como estímulo aos discentes dos Cursos Jurídicos. Na mesma linha de raciocínio, Pasold¹⁰ posiciona-se no sentido de terem a *noção exata dos direitos e dos deveres* que o indivíduo possui, como ser social, para consigo mesmo, para com seus co-cidadãos e para com a coletividade. O Bacharel em Direito, além de outras funções, tem, por dever de seu juramento, uma indispensável *função social*, cujo compromisso será extensivo ao portador de diploma na área da ciência jurídica, no exercício da judicatura brasileira, tornando-o imensamente responsável pelo produto de seu labor jurisdicional.

Sobre o que se espera da formação do futuro *operador jurídico*, convém indicar não se tratar de *aprendizado livresco*. Ao revés, como destaca o Conselho Federal da OAB¹¹, a Faculdade de Direito não foi instituída apenas para a pesquisa bibliográfica, mas *deve ela preocupar-se com o que está na vida*, sob pena de desperdiçar as energias docentes e discentes. Precisa envolver-se com sua comunidade acadêmica, na construção de uma Sociedade melhor, fundada nos *princípios da justiça*.

Os operadores jurídicos não podem permanecer inertes, alheios à realidade e muito menos marginalizados. As mudanças no ensino e no perfil do futuro profissional do Direito passam pela necessidade imperiosa de se extinguir, de acordo com o pensamento oficial do Conselho Federal da OAB¹², o pedantismo retórico exacerbado, acrítico e a-histórico. Com igual critério, procura-se afastar a imposição de um conhecimento envelopado, no qual a eloquência, não raras vezes, ocupa, indevidamente, o lugar da argumentação, do raciocínio jurídico.

Neste artigo, pesquisa-se o *Conceito Kantiano de Justiça*, como uma forma de contribuição à proposta do novo perfil do profissional do direito, em especial do magistrado brasileiro, delineada pela *Política Jurídica*. O *juspolítico* a dispõe como um instrumental adequado na ação participativa sócio-jurídica com vistas às mudanças socioeconômicas, fruto do consenso da cole-

tividade na aplicação do *direito justo*. Nesse sentido, é a posição de Ross¹³, para quem o direito tem um objetivo primordial: *aperfeiçoar a idéia de justiça* a ele inerente. À *Política Jurídica* caberia o difícil, mas indispensável, encargo de ensinar como atingir o fim colimado. A *Política do Direito*, além de orientar o legislador na elaboração da lei, será um guia aos operadores jurídicos em geral e, em especial, aos juízes.

2 – A crise do Poder Judiciário Brasileiro

Neste estudo, a crise do Poder Judiciário Brasileiro será considerada sob dois aspectos: a) o caráter dogmático da interpretação das leis e b) o ensino jurídico limitado à visão dos códigos de leis, com ênfase ao formalismo jurídico. A combinação desses dois fatores gera o que chamamos de Crise do Poder Judiciário, no sentido de que o conhecimento do Direito adquirido nos cursos de formação conduz o operador jurídico aos estreitos limites do dogmatismo.

A respeito das formas tradicionais positivistas, Silva explicita: “São notórias e antigas, aliás, as críticas que se fazem às formas tradicionais de positivismos legalistas, próprias de civilização burguesa liberal”. Na interpretação do jurista, são produtoras de sistemas jurídicos que pugnam tão-somente pela proteção das liberdades e igualdades abstratas e formais. Segundo o mesmo autor, a tutela processual é apenas formal e retórica à medida em que, de maneira acelerada, se distancia da vida social real.¹⁴

Nessa senda, Azevedo comenta que “a redução da aplicação do direito ao esquematismo lógico-formal que transforma em aplicação-subsunção, impossibilitando a aplicação-criação, termina por desacreditar o juiz perante a opinião pública, semeando a insegurança e a descrença entre os jurisdicionados”.¹⁵

Nalini, a seu turno, considera o jurista um cientista “que aproveita do positivismo sua melhor contribuição, que é a dicção pura, mas transcende limites do formalismo jurídico para ganhar a hercúlea dimensão do cientista multidisciplinar”. Ademais, sustenta o autor que o jurista deve, a par de sua formação acadêmica, “estudar os outros ramos das ciências sociais para comple-

mentar sua cultura, ganhando a universalidade que seu perfil está a exigir”. Já quanto ao Juiz do futuro, o doutrinador pondera que “precisa ser o profissional da harmonização”, e, também, sem desconhecer a *luta pelo direito*, dele se espera seja sensível e “empenhado em propiciar a autocomposição, sem pruridos para encaminhar uma saudável conciliação e menos preocupado em dizer a lei”.¹⁶

Para superar a crise que se abate sobre o Poder Judiciário, precisa-se estimular as vias alternativas de pacificação social, invocando a arbitragem, a conciliação, a mediação, como meios de solução dos conflitos: “o próprio processo, como técnica, passa por uma ‘deformalização’, procurando-se uma via menos formal e mais rápida e econômica para atender às pessoas que ficam impedidas de recorrer ao Poder Judiciário”.¹⁷ Como instrumentos de resolução de litígios, temos à disposição os Juizados Especiais Cíveis, o Juízo Arbitral e as Comissões de Arbitragem, os quais, se adequadamente empregados, contribuirão para o resgate da credibilidade do Poder Judiciário Brasileiro.

O emprego de vias alternativas na composição dos conflitos reduz ou dispensa a cobrança dos custos processuais, diminui e evita recursos abusivos e meramente protelatórios e permite o efetivo acesso à ordem jurídica justa. A própria Sociedade reclama, com razão, da morosidade na prestação jurisdicional e das custas processuais elevadas que desestimulam o acesso à justiça.

Ante o quadro aqui descortinado, espera-se do novo Juiz a vitalidade e eficiência de um obreiro jurídico destemido, operoso, responsável, preparado, enfim, em todos os aspectos humanos, para a solução dos problemas que forem submetidos à sua apreciação.

O Juiz deve servir à justiça, respeitar e descobrir a verdade e não priorizar outros interesses inferiores ou secundários, nem mesmo recorrer a um silogismo, no intuito de sacrificar a verdade, ou simular e ocultar a realidade visível, através de um ato de hipocrisia simulada. O instrumento a ele conferido, para a solução dos conflitos, não é apenas a lei, nem sua consciência isolada,

mas os princípios do Direito. A tradição dogmático-positivista dá a imagem do *juiz ideal*, como sendo a daquele *sem comprometimento ideológico*, o *juiz burocrático*, que constrói um raciocínio artificial, mas que se revela, na prática, em um *jugador arbitrário inescrupuloso*. O Juiz a ser lapidado para o amanhã resultará no *homem prático, politizado*, que cumprirá, serenamente, sua *função política*. Castro¹⁸ sugere, ao novo magistrado, dentre outras qualidades, a *total independência*, que importa na *verdadeira garantia de trabalho* contra as costumeiras pressões dos poderes externos bem como na *segurança de que não sofrerá as pressões dos Órgãos Colegiados da própria judicatura*.

As Escolas da Magistratura devem, cada vez mais, adaptar-se à realidade social, recrutando homens preparados e de boa formação para a função jurisdicional, *livres do jugo dogmático e do direito intangível, que reflitam o respeito às instituições democráticas do Estado de Direito, munidos de firmeza de caráter e detentores de ética, de moral e de critérios lógicos e transparentes*.

Aspira-se por um *juiz virtuoso*, isto é, aquele que exercerá seu *munus* com *prudência*, magnanimidade, eqüidade, coragem, equilíbrio, apaixonado pela realização plena da Justiça, no dizer de Castro¹⁹. No magistério de Carlin²⁰, encontram-se algumas idéias formadoras do *juiz protótipo*, como o que profere decisões que privilegiam o coletivo, como um processo temporal, permeado de *valores éticos e deontológicos*. Para a evolução do Direito, há de se pensar em um novo porvir, na mudança de leis e de mentalidades. A maior qualidade do futuro magistrado é, sem dúvida, a *ética judiciária*. Ele deverá ser capaz de *ler nas entrelinhas*, transformando-se em um grande jurista. Ser ético, julgar de acordo com os ditames de sua consciência, como um homem que exerce a *magistratura cidadã*.

No entendimento de Andrade²¹, a atividade jurisdicional de decisão dos conflitos sociais de expressivo número de julgadores desconsidera a realidade e o contexto socioeconômico do país. O novo juiz, inspirado nos princípios da Política do Direito, haverá de considerá-la, bem como todos seus elementos formadores, inclusive os antecedentes. O novo julgador evitará interpretar a

realidade sob julgamento como se fosse irreal e não construirá, em sua sentença, a idéia do falso. Deixará de lado o *exagerado formalismo* e o *insistente legalismo*.

Por suas máximas, o Direito é universal, neutro, completo, perfeito, aplicado a uma Sociedade pacífica e harmônica, destinado à solução de microconflitos sociais individuais. Mas, em realidade, o *Direito não é neutro*, sofre influência das ideologias que comandam o poder, é fruto de movimentos, de organizações sociais, é resultado do consenso e da pressão da Sociedade, e, acima de tudo, resultado do *querer coletivo*. E é nesse rico meio que o futuro magistrado atuará. Por isso, terá em sua bagagem intelectual e psicológica a orientação mais moderna, reconhecida, internacionalmente, como sendo os *quatro pilares da educação*: 1 – *saber conhecer*; 2 – *saber ser*; 3 – *saber fazer*; 4 – *saber conviver*. Com essa formação humana, será banida a vigente postura ideológica, pela qual se erigiu *uma barreira*, estabeleceu-se *um distanciamento entre o Poder Judiciário e as aspirações de Justiça da Sociedade Civil*. A Sociedade não mais aceita a pura aplicação técnica da lei como mero instrumento coercitivo a favor da classe no poder. É necessário compreender-se que a idéia de Justiça representa a identidade de valores sociais entre a Lei e o Direito. Por isso, constitui dever jurídico do Juiz proferir decisão que atenda, satisfatoriamente, ao reclamo individual ou coletivo nos limites do Direito.

No mesmo diapasão, desponta o pensamento de Souza²². Observa o mencionado jurista que na prática judicial há o entendimento de muitos juízes no sentido de que o Poder Judiciário e os magistrados não podem ser iníquos, em suas decisões, só porque as leis que manuseiam o são, porque o fato de existir uma norma jurídica *não significa, necessariamente, seja uma lei justa*.

O projeto do novel juiz prevê *um ser dialetizante*, que ingressará na relação jurídica de forma dialética, na combinação entre a Lei e a realidade social que o circunda, sentindo-se parte integrante dela. Não basta apontar-se, discutir-se, e até mesmo oferecer-se idéias para o aperfeiçoamento do ensino jurídico no Brasil. Indicar o caminho adequado, mostrar as novas teorias do Direito, particularmente para o modelo de ensino de graduação

de nosso país, representa um dever ético de todo aquele que tem o privilégio de conhecer aspectos da Política Jurídica.

3 – A política jurídica e a criação judicial do direito como instrumento de realização da justiça

As políticas públicas do ensino do Direito, voltadas aos Cursos de Graduação em Direito no Brasil, em regra, deixam de disponibilizar espaços para o saber epistemológico da Política Jurídica.

Sobre o tema pondera Melo²³, a doutrina da Política do Direito precisa ser desenvolvida com critérios seguros e específicos. Nessa perspectiva, a Política Jurídica estará, permanentemente, a serviço de um *dever* desejável e realizável.

Um dos objetivos da Política Jurídica consiste na busca da construção do Direito adequado a cada época. Nessa linha de pensamento, devem ser observados os modelos éticos vigentes e os valores culturais, no caso, do povo brasileiro. Por isso, na lição de Melo²⁴, o pressuposto indispensável é a exigência de que o resultado da função jurisdicional se coadune com os fatores de validade formal e material da norma, mas, também, com os critérios objetivos de justiça e de utilidade, visando ao necessário equilíbrio social. Para que uma norma jurídica conte com um mínimo de adesão social, que a torne obedecida, e, em consequência, materialmente eficaz, deve vir permeada pela idéia e pelo sentimento do ético, do legítimo, do justo e do útil (conveniente ou necessário).

A Criação Judicial do Direito, responsável pelo delineamento do novo perfil do juiz, levará o sentenciante a considerar, em sua prestação jurisdicional diuturna, as práticas democráticas e pluralistas que rejeitam um *jus positum* impenetrável pelas mudanças culturais e pelos avanços sociais. Ou, como bem assenta Melo²⁵, a Sociedade não mais aceita a existência de um direito positivo impermeável às mudanças culturais e às conquistas sociais. O futuro magistrado deparar-se-á, fatalmente, com a questão da *politicidade da decisão judicial*, pensamento articulado por Oliveira²⁶, de acordo com o qual, para cada solução dos juristas há uma nota essencial de politicidade voltada ao bem comum.

Sustenta-se, com apoio na Política Jurídica, que o julgador do futuro deverá ser educado a exercer o papel de *político de direito*, não como simples legitimador do *status quo* de quem detém o poder político, mas como observador e estudioso da norma desejável, nos precisos termos de Oliveira²⁷: “[...] galgando posições epistemológicas e aplicando métodos construtivos, assumem a condição de juspolíticos”, criando uma norma completamente nova, voltada para o *jus* mais adequado aos anseios e ao bem comum da coletividade, em uma tarefa de natureza prudencial.

Segundo deduz-se do pensamento de Melo²⁸, há necessidade de delimitar o objeto de estudo acerca da Justiça, entendida como valor atribuído por meio da manifestação social. Resta, então, à Política Jurídica examinar a Justiça como categoria cultural, isto é, como um valor que a Consciência Jurídica da Sociedade atribui à norma posta ou proposta.

Para atingir a *meta optata*, delinear-se-á o perfil do futuro aplicador da lei ao caso concreto, tendo claro em mente que se trata de um processo verdadeiramente criativo. Para tanto, há de se perseguir, de maneira efetiva e eficaz, o Direito que deve ser, encarado como um fenômeno histórico, um ingrediente originário das experiências sociais, um produto cultural da humanidade. Quanto à questão produção jurisdicional do direito positivo, Cappelletti²⁹ sustenta a possibilidade de o juiz agir como um verdadeiro agente criador do Direito, e, como tal, transformador da Sociedade. O novo juiz poderá e deverá, em certas circunstâncias, exercer o papel de criador do Direito, eis que se lhe for negada essa possibilidade a situação equivaleria à negação da interpretação do texto legal.

Nesse diapasão, Cappelletti³⁰ retoma sua posição juspolítica, afirmando que o juiz é constrangido a ser legislador de Direito, pois é freqüentemente convocado a interpretar, integrar, plasmar, transformar e esclarecer o conteúdo da norma jurídica e, não raras vezes, a criar o direito *ex novo*. Hart³¹ assinala que o julgador deve ter sempre determinados motivos gerais para justificar suas razões, agindo como um legislador consciencioso, de acordo com suas crenças e valores. Nessa senda, é a ponderação de Melo³², segundo a qual é possível, ao *político do direito*, operar com *qua-*

tro concepções de política jurídica com conceitos racionais de justiça: “1- Justiça como ideal político de liberdade e de igualdade [...]; 2- Justiça como relação entre as reivindicações da sociedade e da resposta que lhes dê a norma [...]; 3- Justiça como a correspondência entre o conhecimento científico sobre o fato (conhecimento empírico da realidade) e a norma em questão [...]; 4- Justiça como legitimidade ética [...]”.

Do futuro prolator de sentença, espera-se possa fundamentar sua decisão, *sempre pautado na Política Jurídica, em fontes dignas de inspiração como nos filósofos humanistas*, por estarem convictos de que o Direito é um fenômeno humano. Do novel magistrado, a ser plasmado no cadinho referido, espera-se venha a obrar como um profícuo *mediador de conflitos*, nos moldes descritos por Melo³³, isto é, a mediação vem-se tornando legitimada e eficaz, impulsionada pelos fatos da vida cotidiana.

O novo perfil do Juiz deve ser o de uma figura dinâmica. Contrariamente ao hermetismo dogmático da Ciência Jurídica, nos comentários de Souza³⁴, “o direito é dinâmico e reflete – em tese – a realidade da vida social; por isso, também evolui com ela”. O social servirá de catalizador das transformações positivas.

Coelho³⁵ traça a silhueta do novel magistrado brasileiro como um ativo operador jurídico, com o olhar voltado à realidade social. Finalmente, registra-se que cabe ao juiz idealizado buscar as concepções básicas que, na preleção de Souza³⁶, constituem o imaginário coletivo e seus signos, cuja atenção se volta para a práxis social.

O elo que vincula a área de saber da Política Jurídica encontra fundamentos no conceito de Justiça, que a seguir passa-se a examinar.

4 – O conceito de justiça em Kant como meio de criação judicial do direito

Kant teoriza a idéia do Direito, a partir do que chama Sistema da Metafísica dos Costumes. Tomado esse sistema como gênero, o filósofo distingue Princípios Metafísicos da Ciência do

Direito e Princípios Metafísicos da Ciência da Moral.³⁷ Releva assinalar que tanto um como outro dos princípios metafísicos acima referidos partem da concepção de Direito, como pura abstração racional. Um dos temas mais complexos da Filosofia de Kant consiste no reconhecimento de que o Direito, como ciência, classifica-se em Direito Natural e Direito Positivo.³⁸ O primeiro funda-se em princípios *a priori*. Caygill explica que o Direito Natural em Kant não corresponde à tradição da cultura medieval aristotélica, fundada em princípios divinos.³⁹ O Direito Natural para Kant corresponde ao Direito que não integra o Direito legislado. O Direito Natural tem criação *a priori* pela razão.⁴⁰ A segunda modalidade de Direito corresponde ao Direito Positivo.⁴¹ Kant observa que se torna impossível estabelecer o conceito do Direito a partir do Direito Positivo. Por mais que se investigue o Direito numa visão empírica, a partir de sua aplicação em casos práticos, vividos na experiência, tais fragmentos da realidade jamais fornecem elementos para um conceito universal. A visão do Direito, diante das múltiplas formas e variações de natureza empírica, não permite a elaboração da idéia do Direito em sentido universal. Diante dessas observações, Kant desenvolve a idéia do conceito *a priori* pela razão.⁴² Em sentido amplo, entende-se por demonstração *a priori* aquela na qual toda proposição apresenta enunciado universal e necessário. Para a lógica do pensamento de Kant, demonstração *a priori* designa a forma pensada, gerada puramente pelo intelecto e vinculada a certa proposição necessária e universal.⁴³ O conceito *a priori* não leva em conta a experiência prática, visto ser algo criado puramente por atividade da razão. O conhecimento *a priori* consiste na demonstração de um objeto dado, em sentido abstrato, e demonstrado por enunciados que não se apóiam na experiência. As idéias formuladas por Kant, ora apresentadas em forma de síntese, constituem os fundamentos teóricos para o conceito de Justiça e do Direito.

A concepção de justo, na teoria de Kant, vincula-se à liberdade. Tem-se por justa a ação quando esta não ofende a liberdade do outro, segundo as leis universais.⁴⁴ Considera injusta a

ação que viola a liberdade de uma pessoa. Kant assinala que a moral exige, de cada um, que adote suas ações em conformidade com o Direito. Significa que a pessoa é a legisladora de sua liberdade segundo a existência de uma lei universal do Direito. Mencionada lei universal tem o seguinte enunciado: “age, exteriormente, de modo que o livre uso de teu arbítrio possa se conciliar com a liberdade de todos, segundo uma lei universal.”⁴⁵ Trata-se de lei teórica criada pela razão pura. Releva assinalar que a lei universal volta-se para a ação prática. Por essa linha de entendimento, toda a ação individual submete-se à lei universal. Por regular ação prática externa, com respeito à liberdade dos demais membros da Sociedade, o conceito apóia-se em lei da fundamentação moral. Kant elabora inúmeras leis universais, dentre as quais destaca-se: “devo proceder sempre, de maneira que eu possa querer também que a minha máxima se torne uma lei universal”⁴⁶. Constituem máximas ou princípios práticos ou subjetivos. A razão legisladora elabora regras válidas para a pessoa humana agir, não segundo sua vontade, mas orientado pela razão. Assim, todo ser racional constitui o legislador de suas ações de liberdade, porém, submetido à lei universal da liberdade. Um dos fundamentos da razão legisladora consiste na idéia, segundo a qual, a máxima não se apóia na experiência.

Silva⁴⁷, em estudos que desenvolve sobre Kant, observa: “A vontade legisladora da liberdade moral deve corresponder à lei universal [...]. Segundo o pensamento Kantiano, a lei jurídica define os limites da liberdade externa do cidadão em correspondência com a liberdade externa de todos”. Entre os deveres do Direito, Kant recorre ao pensamento de Ulpiano⁴⁸, com as seguintes três máximas: 1ª “Sê homem honrado (*honeste vive*). A honradez em direito (*honestas juridica*) consiste em manter nas relações com os outros homens a dignidade humana, dever que se formula assim: ‘não te entregues aos demais como um instrumento puramente passivo; procura ser para eles ao mesmo tempo um fim’”; 2ª “Não faz dano a terceiros (*neminem laede*), mesmo quando para isso tenhas que renunciar à Sociedade dos outros homens e fugir de toda a Sociedade Humana”; e 3ª “Entra (se não podes evitá-lo) com os homens em uma Sociedade em

que cada um possa conservar o que lhe pertence (*suum cuique tribue*)”.

A seguinte concepção de Justiça em Kant tem correspondência com a lei criada, formalmente, pela Sociedade política. O filósofo chama de “leis suscetíveis de legislação exterior”.⁴⁹ O conceito de Direito criado por Kant funda-se na lei exterior, ou seja, aquela formulada pelo legislador. O conjunto de leis dessa categoria pertence à Ciência do Direito Positivo. Kant conceitua o Direito o conjunto de leis que em determinada Sociedade prescreve modo de agir das pessoas, para atuar em certo lugar e tempo.⁵⁰ O Direito nessa concepção traz implícito o sentido de dever. Tem o caráter abstrato e se dirige para todos os membros da Sociedade. A liberdade na Metafísica do Direito importa o respeito à liberdade do outro. Por essa concepção, só há liberdade onde há o Direito. Kant denomina Ciência do Justo aquela que corresponde à Ciência do Direito.⁵¹ O filósofo revela que o Princípio Universal do Direito corresponde ao seguinte: “É justa toda ação que por si, ou por sua máxima, não constitui obstáculo à conformidade da liberdade do arbítrio de todos como a liberdade de cada um segundo leis universais”. Agrega-se ao Princípio Universal do Direito a noção de obrigatoriedade. Por esse entendimento, aquele que desrespeita uma obrigação imposta pelo Direito comete ato de injustiça. Observado o princípio da obrigação que rege as pessoas que integram a Sociedade, outro princípio nasce desse raciocínio, o princípio da obrigação e do respeito mútuo. Trata-se de forma de exercer a liberdade em sentido recíproco.⁵² Kant observa que a lei dotada de comando de obrigação mútua dirige-se, em abstrato, para todas as pessoas. Cada um em particular tem o direito de usar a liberdade, porém subordinado ao princípio geral da liberdade.⁵³

Constituem espécies de Justiça para o autor: justiça comutativa, pertencente à esfera do Direito Privado e justiça Distributiva, integrante ao Direito Público.

A construção do conhecimento *a priori* kantiano, conforme Silva⁵⁴, “serve de fundamento à teorização da justiça. Significa que o conceito de justiça revela-se puramente no campo da abstração”. Equivale a pensar que o conceito de justiça forma-se pelo

entendimento puro da razão. A leitura da filosofia de Kant conduz ao entendimento de que o conceito de Direito passa pela idéia de razão, de Justiça.⁵⁵ Por igual caminho, resulta a idéia do Direito como expressão da vontade humana, consagrada em leis positivas. O descumprimento das leis de caráter imperativas gera o injusto, segundo a vontade da Sociedade política. A seguinte concepção do Direito volta-se ao sentido natural, pelo qual toda pessoa humana o detém. Kant chama essa concepção de Direito Natural por ser obra da razão humana. Aquele que, voluntariamente, não observa um enunciado ditado pela razão legisladora ofende a justiça moral.

Considerações finais

As políticas públicas do ensino do Direito nos Cursos de Graduação em Direito no Brasil necessitam, com urgência, de tomada de decisão política. Objetivamente, há necessidade de se romper com o tradicional método do ensino jurídico. Dentre as reformas colocadas em discussão destaca-se a utilidade de implantação de sistema educacional que conduza a métodos de visão crítico-reflexiva do Direito. O fenômeno social, visto do ângulo jurídico, exige a integração de outras áreas do conhecimento humano, notadamente, o antropológico, o social, o ético, o político e o psíquico. O Direito como fenômeno cultural não pode dispensar o concurso da Filosofia do Direito.

Dentre as duas concepções de justiça estudadas na Filosofia de Kant opta-se pela que decorre do Direito Positivo. Privilegia-se, para o presente estudo, a noção de Justiça que dimana do conceito do Direito Positivo. Assim, considerado o Direito Positivo como o conjunto de leis abstratas, criadas pela razão humana, que atuam, imperativamente sobre as pessoas em Sociedade, constitui a única fonte do Direito. A concepção de Justiça que decorre desse entendimento não possui qualquer relação com a Idéia de Justiça moral, própria do Direito Natural.

Enfim, realça-se a importância da Política Jurídica. Por sua função epistemológica, à Política Jurídica incumbe a tarefa de construir, seja pela Ciência, seja pela Filosofia, conhecimentos críticos sobre o Direito Positivo. Dentro do binômio Utilidade e

Legitimidade, a Política Jurídica busca explicações sobre a Idéia de Justiça, os limites políticos, sociais, econômicos e antropológicos das leis. Não escapa à Política Jurídica o estudo da relação entre Direito e Ética, Direito e Moral e Ética e Justiça.

Notas

¹ Doutorando em Ciências Jurídicas do CPCJ/PDCJ/Univali. Mestre em Direito pela UFSC. Especialista em Instituições Políticas e Jurídicas pela UFSC. Especialista em Direito Civil pela Universidade de Cruz Alta. Pesquisador do PIPG (Programa Integrado de Pós-Graduação e Graduação) do CPCJ/Univali. Professor Orientador do EMA (Escritório Modelo de Advocacia) do Cejurps, da Univali.

² Doutor e Mestre em Direito de Estado pela UFSC. Professor dos Programas de Doutorado do Curso de Pós-Graduação (*Stricto Sensu*) em Ciência Jurídica do CPCJ/Univali. Professor Orientador do PIPG (Programa Integrado de Pós-Graduação e Graduação) do CPCJ/Univali.

³ A *Idéia de Justiça* corresponde ao sentimento do *justo*, envolve valores socialmente estabelecidos e inclui o *dever ser*, ou seja, é um fenômeno detentor de um forte conteúdo normativo. É o elemento constitutivo da construção teórica do conceito de direito. De acordo com a idéia do *justo*, todos devem ser igualmente contemplados com os bens da vida e os produtos da atividade social (ROSA, Augusto de Miranda. *Direito, justiça e ideologia*, p. 27 a 32).

⁴ *Política Jurídica* é a disciplina que tem por objetivo o direito *que deve ser*, opondo-se à meta da Dogmática Jurídica que é a mera aplicação do *direito positivo*. Corresponde, ainda, aos procedimentos destinados à elaboração da norma, à correção, à alteração ou à proposta de normas jurisprudencial, com adequação aos valores jurídicos (MELO, Osvaldo Ferreira de. *Dicionário de política jurídica*. p. 77).

⁵ *Criação Judicial do Direito* é a lógica da decisão judicial, que não se limita à pura aplicação da dogmática jurídica na solução dos litígios, mas que permite ao juiz, como político do direito, decidir com equidade, com bom senso, procurando substituir o princípio dogmático *dura lex, sed lex*, pelo *princípio da justiça*, sempre atento ao contexto axiológico, considerando os valores incorporados à Sociedade (COELHO, Luiz Fernando. *Introdução à crítica do direito*. p. 122).

⁶ *Dogmatismo* significa uma atitude de acatamento acrítico e submissão do jurista ao estabelecido como Direito Positivo, que desempenha sempre a função de dogma (ANDRADE, Vera Regina de. *Dogmática jurídica*, p. 74).

⁷ *Ideologia* é um contexto político-jurídico, conjunto de idéias, crenças e valores que orientam a escolha de alternativas e influenciam positiva ou negativamente a produção normativa e a formação da Consciência Jurídica Social (MELO, Osvaldo Ferreira. *Dicionário de Política Jurídica*, p. 49).

⁸ RODRIGUES, Horácio Wanderlei (Org.). *Ensino jurídico para que(m)*, p. 29.

⁹ RODRIGUES, Horácio Wanderlei (Org.). *Ensino jurídico para que(m)*, p. 29.

¹⁰ PASOLD, Cesar Luiz. *Reflexões sobre o poder e o direito*, p. 89 a 92.

¹¹ MAROCLO, Luiz Carlos (Org.). *Ensino jurídico: balanço de uma experiência*, p. 10 e 11.

¹² MAROCLO, Luiz Carlos (Org.). *Ensino jurídico: balanço de uma experiência*, p. 43 a 49.

¹³ ROSS, Alf. *Sobre el derecho y la justicia*, p. 317 a 321.

¹⁴ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Juizado de pequenas causas*, p. 20.

¹⁵ AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica*, p. 67.

¹⁶ NALINI, José Renato (Org.). *Formação jurídica*, p.128 e 129 e 147 e 148.

¹⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*, p. 37.

¹⁸ CASTRO, Honildo Amaral de Melo. *Justiça, Judiciário e Escola de Magistratura*, p. 289.

¹⁹ CASTRO, Honildo Amaral de Melo. *Justiça, Judiciário e Escola de Magistratura*, p. 302.

²⁰ CARLIN, Volnei Ivo. *Deontologia jurídica: ética e justiça*, p. 49 e 50.

²¹ ANDRADE, Lédio Rosa de. *Introdução ao direito alternativo*, p. 94.

²² SOUZA, José Guilherme de. *A criação judicial do direito*, p. 94 e 95.

²³ MELO, Osvaldo Ferreira de. *Fundamentos da política jurídica*, p. 129.

²⁴ MELO, Osvaldo Ferreira de. *Fundamentos da política jurídica*, p. 81.

²⁵ MELO, Osvaldo Ferreira de. *Fundamentos da política jurídica*, p. 17.

²⁶ OLIVEIRA, Gilberto Callado de. *Filosofia da política jurídica: propostas epistemológicas para a política do direito*, p. 152.

²⁷ OLIVEIRA, Gilberto Callado de. *Filosofia da política jurídica: propostas epistemológicas para a política do direito*, p. 127.

²⁸ MELO, Osvaldo Ferreira de. *Fundamentos da política jurídica*, p. 108 e 109.

²⁹ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?*, p. 73.

³⁰ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?*, p. 73 a 75.

³¹ HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*, p. 336.

³² MELO, Osvaldo Ferreira de. *Fundamentos da política jurídica*, p. 108 e 109.

³³ MELO, Osvaldo Ferreira de. *Fundamentos da política jurídica*, p. 100.

³⁴ SOUZA, José Guilherme de. *A criação judicial do direito*, p. 17.

³⁵ COELHO, Luiz Fernando. *Introdução à crítica do direito*, p. 160.

³⁶ SOUZA, José Guilherme de. *A criação judicial do direito*, p. 17.

³⁷ KANT, Emmanuel. *Doutrina do Direito*, p. 46.

³⁸ KANT, Emmanuel. *Doutrina do Direito*, p. 55.

³⁹ CAYGILL, H. *Dicionário de Kant*, p. 103.

⁴⁰ CAYGILL, H. *Dicionário de Kant*, p. 103.

⁴¹ KANT, Emmanuel. *Doutrina do Direito*, p. 55.

⁴² KANT, Emmanuel. *Doutrina do Direito*, p. 30.

⁴³ KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Pura*, p. 24.

⁴⁴ KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Pura*, p. 13.

⁴⁵ KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Pura*, p. 47.

⁴⁶ KANT, II. *Textos Seleccionados*. p. 115.

⁴⁷ SILVA, Moacyr Motta da. *Direito, justiça, virtude moral & razão*, p. 109.

⁴⁸ KANT, Emmanuel. *Doutrina do Direito*, p. 54. Biogr. [Domitius Ulpiano (170-228). Jurisconsulto romano. Exerceu as funções de Prefeito do Pretório e Ministro de Alexandre Severo. Morreu assassinado. Suas obras figuram nas *Pandectas*, coleção de antigos jurisconsultos romanos, que se converteram em lei, chamadas também de *Digesto* de Justiniano].

⁴⁹ KANT, Emmanuel. *Doutrina do Direito*, p. 44.

⁵⁰ KANT, Emmanuel. *Doutrina do Direito*, p. 45.

⁵¹ KANT, Emmanuel. *Doutrina do Direito*, p. 44.

⁵² KANT, Emmanuel. *Doutrina do Direito*, p. 47.

⁵³ KANT, Emmanuel. *Doutrina do Direito*, p. 48.

⁵⁴ SILVA, Moacyr Motta da. *Direito, justiça, virtude moral & razão*, p. 109 a 116.

⁵⁵ KANT, Emmanuel. *Doutrina do Direito*, p. 53.

Referências bibliográficas

- ANDRADE, Lédio Rosa de. *Introdução ao direito alternativo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996. 341 p.
- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Dogmática jurídica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996. 118 p.
- AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1989. 79 p.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes legisladores?* Trad. de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1999. 134 p.
- CARLIN, Volnei Ivo. *Deontologia jurídica: ética e justiça*. Florianópolis: Obra Jurídica, 1996. 180 p.
- CASTRO, Honildo Amaral de Mello. *Justiça, Judiciário e Escola de Magistratura*. São Paulo: Bertbook, 2001. 331 p.
- CAYGILL, H. *Dicionário de Kant*. Trad. Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Jorge Zahar. 2000. 353 p.
- COELHO, Luiz Fernando. *Introdução à crítica do direito*. Curitiba: Livros HDV, 1983. 212 p.
- HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. Trad. de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1966. 348 p.
- KANT, Emmanuel. *Doutrina do direito*. 2. ed. Trad. de Edson Bini. São Paulo: Ícone, 1993. 224 p.
- KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. 3. ed. Trad. J. Rodrigues de Mergé. Rio de Janeiro: Ediouro, s/d. 214 p.
- KANT, II. Textos Selecionados. Prolegômenos – Fundamentação da Metafísica dos Costumes. Tradução Tânia Maria Bernkopf *et al.* São Paulo: Abril Cultural. Os Pensadores, 1980, 295 p.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1996. 167 p.

- MAROCLO, Luiz Carlos (Org.). *OAB: Ensino jurídico: balanço de uma experiência*. Distrito Federal: OAB, 2000. 245 p.
- MELO, Osvaldo Ferreira de. *Dicionário de política jurídica*. Florianópolis: OAB/SC, 2000. 104 p.
- *Fundamentos da política jurídica*. Porto Alegre: Fabris/CPGD-UFSC, 1994. 136 p.
- MORA, José Ferrater. *Diccionario de filosofia*. Barcelona: Editorial Ariel, 1994. Tomo III. 2002 p.
- NALINI, José Renato (Org.). *Formação jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. 173 p.
- OLIVEIRA, Gilberto Callado de. *Filosofia da política jurídica: propostas epistemológicas para a política do direito*. Itajaí: Univali, 2001. 332 p.
- PASOLD, César Luiz. *Prática da pesquisa jurídica: idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do direito*. 8. ed. Florianópolis: OAB/SC, 2003. 243 p.
- *Reflexões sobre o poder e o direito*. Florianópolis: Estudantil, 1986. 92 p.
- RODRIGUES, Horácio Wanderlei (Org.). *Ensino jurídico para que(m)?* Florianópolis: Fundação Boiteux, 2000. 158 p.
- ROSA, Felipe Augusto de Miranda. *Direito, justiça e ideologia*. Florianópolis: Achiamé, 1980. 60 p.
- ROSS, Alf. *Sobre el derecho y la justicia*. 3. ed. Trad. Genaro R. Carrió. Buenos Aires: Universitaria de Buenos Aires, 1974. 375 p.
- SILVA, Moacyr Motta da. *Direito, justiça, virtude moral & razão*. Curitiba: Juruá, 2003. 200 p.
- SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Juizado de pequenas causas*. Porto Alegre: Letras Jurídicas, 1985. 40 p.
- SOUZA, José Guilherme de. *A criação judicial do direito*. Porto Alegre: Fabris, 1991. 123 p.